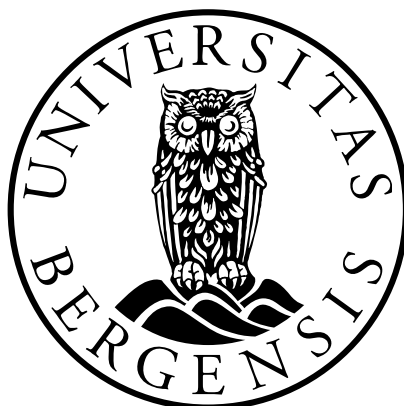


Oppdragsgivers adgang til å foreta nedvalg av tilbydere etter anskaffelsesforskriften § 23-11

Kandidatnummer: 101

Antall ord: 12953



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

3. juni 2019

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	3
1.1 Tema og aktualitet	3
1.2 Rettskilder og metode	5
1.2.1 EØS-rettslige krav og anskaffelsesdirektivene	5
1.2.2 Lov og forskrift om offentlige anskaffelser	6
1.2.3 Rettspraksis	7
1.2.4 KOFA	7
1.2.5 Grunnleggende prinsipper	8
1.3 Avgrensninger	10
1.4 Opplegget videre	11
2 Generelt om konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring	12
2.1 Vilkårene for å bruke konkurranseformen	12
2.2 Kunngjøring og utvelgelse av deltakere	12
2.2.1 Innledning	13
2.2.2 Frist for å rette forespørsel om å delta § 20-4	13
2.2.3 Invitasjon til å delta § 23-2	13
2.2.4 Kvalifikasjonskrav	14
2.2.5 Utvelgelseskriterier § 16-12	15
2.3 Nærmere om gjennomføringen av forhandlingene	16
2.3.1 Innledning	16
2.3.2 Spørsmålet om hvem det skal forhandles med	16
2.3.3 Hva kan det forhandles om?	20
2.3.4 Kort om forhandlingsprosessen	22
3 Reglene om nedvalg under forhandlingene, jf. AF § 23-11 og FF § 19-12.....	24
3.1 Utgangspunkt.....	25

3.2 Kunngjøring som vilkår for nedvalg	26
3.3 Grunnlaget for nedvalget – en vurdering av tilbudene opp mot tildelingskriteriene	27
3.3.1 Tildelingskriteriene	27
3.3.2 Krav til evalueringen forut for nedvalg	28
3.4 Innholdet i begrunnelsesplikten etter § 23-11 (5)	32
3.5 Kravet om konkurranse i siste fase av forhandlingene.....	33
3.6 Gjeninntreden i konkurransen	35
3.7 Rettsmidler mot ulovlig nedvalg?	37
3.7.1 Innledning	37
3.7.2 Klage til oppdragsgiver.....	37
3.7.3 Klage til KOFA.....	38
3.7.4 Hvordan bruke domstolene?	38
4 Sammenfattende konklusjoner og hovedsynspunkter.....	39
Kilder	41

1. Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Det offentlige kjøper årlig varer og tjenester for store summer. I 2017, utgjorde det offentliges samlede innkjøp av varer og tjenester for offentlig sektor 523 milliarder kroner.¹ Lov om offentlige anskaffelser med forskrifter stiller krav til hvordan disse innkjøpene skal foregå.

EØS-avtalen pålegger Norge å sørge for at offentlige anskaffelser over visse terskelverdier («EØS-anskaffelser») skjer i samsvar med spesifikke anskaffelsesprosedyrer som er nærmere angitt i anskaffelsesdirektivene. En av disse er konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Denne konkurranseformen innebærer som navnet tilsier at oppdragsgiver kunngjør en konkurranse hvor han forbeholder seg retten til å forhandle med tilbyderne. Dette i motsetning til anbudskonkurranser som kjennetegnes ved et forhandlingsforbud. På såkalt klassisk sektor, som regulerer de aller fleste anskaffelser, ble adgangen til å benytte konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring betydelig utvidet med vedtakelsen av de siste anskaffelsesdirektivene i 2014. Slik sett er også de tolkningsspørsmål som knytter seg til denne prosedyren aktualisert.

Forhandlinger er ressurskrevende og i mange tilfeller er det ønskelig å redusere antall deltakere underveis i prosessen. En slik reduksjon (også kalt nedvalg) av tilbydere under forhandlingene er særlig regulert i anskaffelsesforskriften § 23-11 og forsyningsforskriften § 19-12. Tema for oppgaven er innholdet i disse reglene, og de tolkningsspørsmål som oppstår i tilknytning til disse.

Formålet med det norske anskaffelsesregelverket er å «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser», videre skal reglen bidra til at det offentlige «opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte», jf. lov om offentlige anskaffelser § 1. I forarbeidene er det uttalt at formålet isolert sett ikke er egnet til å utlede plikter og rettigheter fra,² men at det er relevant som tolkningsmoment.³ En

¹ <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/artikler-og-publikasjoner/kjopevekst-i-staten>, tilgang opprettet 29.03.19.

² Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 66.

³ Følger blant annet av sak C-480/10 Kommisjonen mot Sverige, premiss 33. I norsk rett er formålet eksplisitt brukt som tolkningsfaktor i LA-2011-100800.

effektiv anskaffelse vil dekke oppdragsgiver behov, ha riktig kvalitet og lavest mulig pris.⁴ Grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet utgjør de rettslige rammene for regelverket, jf. LOA § 4. Disse prinsippene blir kort behandlet i avsnitt 1.2.5.

Formålet med EUs anskaffelsesregulering skiller seg fra det nasjonale formålet - EU har oppstilt et formål om å fjerne handelsrestriksjoner og derved oppnå økonomiske fordeler.⁵ Adgangen til å benytte prosedyreformen konkurranse med forhandling ble som tidligere påpekt vesentlig utvidet ved den siste revideringen av anskaffelsesdirektivet.⁶ Det er antatt at utvidelsen av adgangen til å benytte konkurranse med forhandling vil bidra til å øke handelen over landegrensene,⁷ dette vil dermed være i tråd med det overordnede målet om å fjerne handelsrestriksjoner. Forholdet mellom det norske anskaffelsesregelverket og EØS-reguleringen blir nærmere redegjort for i avsnitt 1.2.1.

Av direktivets fortale fremgår det at revisjonen og moderniseringen av direktivet bunner i et ønske om mer effektiv offentlig ressursbruk og at et mål er «to achieve smart, sustainable and inclusive growth while ensuring the most efficient use of public funds».⁸ Tanken er at oppdragsgiver gjennom å kunne forhandle vil ha større fleksibilitet og dermed bedre muligheter til å få en ytelse som er best mulig tilpasset det behovet som foreligger, hvilket igjen vil gi økt verdiskapning og bidra til et konkurransedyktig næringsliv.⁹

I oppgaven vil det bli sett nærmere på hvordan ulike hensyn balanseres mot hverandre for å skape et regelverk som ivaretar både oppdragsgivers og leverandørers interesser. Blir tolkningen av reglene for strenge, kan dette stride mot formålet om økt verdiskapning ved at partene får for lite fleksibilitet. På den andre siden kan en for stor skjønnsfrihet for oppdragsgiver, dersom den blir misbrukt, føre til mangel på etterprøvbarhet, hvilket vil stride mot leverandørenes beskyttelsesverdige interesser.¹⁰ Det er nettopp en bekymring for misbruk

⁴ Dragsten, *Offentlige anskaffelser – Regelverk, praksis og løsninger*, s. 52.

⁵ Thue, Buan, m.fl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, s. 41 med henvisninger til generaladvokat Jacob sine uttalelser i SIAC-saken (C-19/00).

⁶ Direktiv 2014/24/EU.

⁷ Direktiv 2014/24/EU, fortalen premiss 42.

⁸ Direktiv 2014/24/EU, fortalen premiss 2.

⁹ Goller m.fl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, s. 15.

¹⁰ Goller m.fl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, s.17.

av forhandlingsfrihet som er bakgrunnen for en hovedregel om et forhandlingsforbud.¹¹ Forhandlinger vil kunne muliggjøre forskjellsbehandling ved at oppdragsgiver kan utnytte en eventuell dialog med tilbyder til å forskjellsbehandle tilbyderne og på den måten sikre at sin foretrukne tilbyder vinner kontrakten.¹²

1.2 Rettskilder og metode

I oppgaven vil alminnelig juridisk metode bli lagt til grunn. Anskaffelsesretten skiller seg likevel noe ut ved at EØS-rettslige kilder og praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser spiller en sentral rolle.¹³ I det følgende vil det bli gjort rede for rettskildebildet og hvilken betydning de ulike kildene har i norsk anskaffelsesrett.

1.2.1 EØS-rettslige krav og anskaffelsesdirektivene

EØS-retten stiller krav til hvordan offentlige anskaffelser skal gjennomføres, særlig ved at EØS-avtalen også omfatter de tre nye EU-direktivene på anskaffelsesområdet.¹⁴ Disse tre direktivene regulerer forsyningssektorene, konsesjonskontrakter samt et som regulerer offentlige anskaffelser – sistnevnte utgjør det vi omtaler som «klassisk sektor». Klassisk sektor er negativt avgrenset slik at anskaffelser som ikke faller inn under forsyningssektoren tilhører denne kategorien. Kravene som stilles i disse direktivene vil innebærer en overordnet skranke på hvordan nasjonale regler kan utformes. Dette er en viktig metodisk dimensjon på dette rettsområdet.

EØS-retten stiller krav til implementering av direktivene, men en direktivforpliktelse gir likevel nasjonalstatene frihet til selv å implementere reglene inn i det nasjonale regelverket så lenge reglene på det nasjonale plan fullt ut reflekterer direktivene. Dette følger av TFEU¹⁵ art. 288 hvor de heter at «A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods». Ved utformingen av de nasjonale forskriftene har lovgiver forsøkt å

¹¹ Forhandlingsforbudet følger av FOA § 23-6 (3).

¹² Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 61 med henvisninger til Felleserklæring fra EUs ministerråd og EU-kommisjonen, EFT L 111/114, 30. april 1994.

¹³ Trygstad, *Tildeling av offentlige kontrakter – Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*, s. 25.

¹⁴ Direktiv 2014/24/EU om offentlige anskaffelser, Direktiv 2014/25/EU om forsyningssektorene og Direktiv 2014/23/EU om konsesjonskontrakter.

¹⁵ Treaty on the Functioning of the European Union.

gjennomføre reglene «materielt og retsteknisk på en helhetlig og oversiktlig måte i tråd med norsk rettstradisjon», dette til forskjell fra ordrett innlemming.¹⁶

EØS-avtalens art. 6 og art. 7 slår fast at norske bestemmelser som gjennomfører EU-rettslige regler skal tolkes i samsvar med praksis fra EU-domstolen. Norske rettsanvendere må derfor holde seg innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet. Dette innebærer at de nasjonale reglene må tolkes i tråd med EØS-retten og utviklingen av denne, hvilket inkluderer rettspraksis fra både EFTA-domstolen og EU-domstolen.¹⁷ Rettsutviklingen i EØS-retten vil derfor være et viktig tolkningsmoment, selv om praksis fra EU-domstolen ikke er direkte bindende i norsk rett.¹⁸ Direktivets fortale er egnet til å gi en bedre forståelse av innholdet i reglene og spiller derfor en stor rolle ved tolkningen av lovbestemmelsene.¹⁹ Fortalen er imidlertid ikke bindende, hvilket betyr at det ikke kan utledes rettigheter eller plikter fra denne.²⁰

1.2.2 Lov og forskrift om offentlige anskaffelser

De nasjonale reglene om offentlige anskaffelser for klassisk sektor er gitt i lov om offentlige anskaffelser (LOA) med tilhørende forskrift om offentlige anskaffelser (FOA).²¹

LOA og FOA utgjør samlet en gjennomføring av EU-direktiv 2014/24/EU i henhold til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.²² Lov og forskrift om offentlige anskaffelser inneholder detaljerte regler om planlegging, gjennomføring og inngåelse av kontrakt.²³

Regelverket utgjør en særlig prekontraktuell forpliktelse som gjelder for offentlige oppdragsgivere. Anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse når offentlige oppdragsgivere inngår kontrakter med en verdi som er lik eller overstiger 100 000 kr, jf. LOA § 2 og FOA § 1-1.

¹⁶ Prop. 51 L (2015-2016) s. 19.

¹⁷ Prop. 51 L (2015-2016).

¹⁸ Se EØS-avtalen art. 6.

¹⁹ Dragsten, *Offentlige anskaffelser – Regelverk, praksis og løsninger*, s. 56.

²⁰ Sak C-7/11 «Caronna», premiss 40.

²¹ Lov 17.juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (LOA) og tilhørende forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 976 (FOA).

²² Trygtad, *Tildeling av offentlige kontrakter – Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*, s. 25.

²³ Goller m.fl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, s. 16.

De styrende prinsipper og formål med regelverket er regulert i lov om offentlige anskaffelser. De mer detaljerte reglene for hvordan anskaffelsen skal forløpe, følger av anskaffelsesforskriften. Forskriften består av tre deler. Del I inneholder alminnelige bestemmelser som gjelder for alle anskaffelser. Del II er den særnorske reguleringen som gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdi, mens del III regulerer anskaffelser over EØS-terskelverdi. Avhandlingen vil ta for seg reglene for konkurranse med forhandling ved anskaffelser over EØS-terskelverdi samt se noe på forholdet til forsyningssektoren, det er dermed del III av anskaffelsesforskriften det i hovedsak blir vist til i det følgende.

1.2.3 Rettspraksis

I avhandlingen vil det vises til enkelte avgjørelser fra EU-domstolen. Disse angår ikke nedvalg spesielt, men oppstiller rettslige utgangspunkt for enkelte vurderinger. Det foreligger begrenset med norsk domstolpraksis som omhandler tema for oppgaven. Bakgrunnen for dette er at det som regel er strenge tidsrammer å forholde seg til når offentlige anskaffelser skal gjennomføres. Den lange saksbehandlingstiden ved ordinære domstoler fører derfor til at de fleste tvister løses utenfor domstolene.²⁴ Det foreligger imidlertid enkelte lagmannsrettsavgjørelser som det vil bli vist til i oppgaven. Disse omhandler likevel ikke nedvalg direkte, men ulike aspekter ved konkurranse med forhandling som er viktig å ha med i oppgaven for å skape et helhetlig bilde. Ettersom dette er avgjørelsen fra lagmannsretten vil de ha noe begrenset rettskildemessig vekt.

1.2.4 KOFA

Den høye terskelen for å anlegge saker for domstolene, har fordret et ønske om mer effektiv behandling av saker.²⁵ Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) ble derfor opprettet i 2003. Det er uheldig at prøving i domstolene er så kostbart og tidkrevende at partene ikke ser seg tjent med det, men klagenemnda har vist seg å være en god erstatning selv om den rettskildemessige vekten av avgjørelsene ikke vil være like tung som en domstolsavgjørelse. Nemnda er et statlig uavhengig organ som behandler brudd på anskaffelsesloven og tilhørende forskrifter. Avgjørelsene fra nemnda er kun rådgivende, jf. klagenemndsforskriften

²⁴ Trygstad, *Tildeling av offentlige kontrakter – Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*, s. 28.

²⁵ Ot.prp.nr. 3 (2000-2001), s.15.

§ 1,²⁶ og den rettskildemessige vekten er dermed i utgangspunktet begrenset.²⁷ Klagenemnda ble imidlertid opprettet under forutsetning av at avgjørelsene skulle bli fulgt i praksis, og en ser at offentlige oppdragsgivere ofte innretter sin praksis etter retningslinjer utledet av klagenemnda.²⁸ Nemnda består av jurister med særlig fagkunnskap og behandler et omfattende saksomfang og har hatt en sentral rolle i rettsutviklingen på området.²⁹ Avgjørelsene er vist til en rekke ganger av domstolene, inkludert Høyesterett, uten at det er stilt spørsmål ved dette.³⁰ At også Høyesterett har lagt vekt på nemndspraksis understreker at denne praksisen må sies å ha en verdi. Den rettskildemessige vekten av avgjørelsene vil variere etter hvor langvarig og konsekvent praksisen er.³¹

1.2.5 Grunnleggende prinsipper

I anskaffelsesregelverket er det som nevnt ovenfor enkelte grunnleggende prinsipper som danner de rettslige rammene for alle anskaffelser.

Prinsippene er viktige som tolkningsmomenter, men manglende overholdelse av prinsippene kan også alene utgjøre brudd på regelverket.³² Kravene gjelder for alle anskaffelser og i alle faser. Å handle i tråd med de grunnleggende prinsippene vil bidra til å gi oppdragsgiverne den integritet som er nødvendig for å skape tillit til at anskaffelsene skjer på en samfunnstjenlig måte, jf. LOA § 1.

- Konkurransen

Konkurransen er et virkemiddel for å sikre effektiv ressursbruk og økt verdiskapning ved at bedrifter som konkurrerer blir mer effektive og dermed holder priser og kostnader nede. Ved å kunngjøre konkurransen når oppdragsgiver ut til et stort marked av potensielle tilbydere; kunngjøringen er et virkemiddel for å nå det overordnede målet om effektiv ressursbruk

²⁶ FOR-2002-11-15-1288.

²⁷ Goller m.fl, *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, s. 19.

²⁸ Trygstad, *Tildeling av offentlige kontrakter – Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*, s. 25.

²⁹ Dragsten, *Offentlige anskaffelser – Regelverk, praksis og løsninger*, 54.

³⁰ Høyesterett har vist til KOFA som selvstendig rettskilde blant annet i Rt. 2007 s. 1783 (34) og Rt. 2007 s. 983 (103).

³¹ Dette er også uttalt i LH-2015-119650 hvor lagmannsretten uttaler at de ikke ser seg bundet av praksis fra KOFA, men at slik praksis kan bli tillagt stor vekt – særlig i tilfeller hvor det er tale om konsekvent praksis.

³² Blant annet slått fast av Høyesterett i Rt. 2007 s.983 premiss (82).

gjennom konkurranse.³³ I tillegg til å bidra til effektive anskaffelser, vil konkurranseutsetting av anskaffelser virke tillitsvekkende ved at kontraktene tildeles på en objektiv måte.³⁴

- Likebehandling

Prinsippet om likebehandling dekker både et forbud mot forskjellsbehandling og et forbud mot diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet. Hva gjelder forbudet mot forskjellsbehandling, innebærer dette at leverandørene har krav på like muligheter i anskaffelsesprosessen.³⁵ Det vil si at selv om det bare er én leverandør som etterspør noe, må oppdragsgiver informere alle leverandører om spørsmålet han er forelagt, og gi alle den etterspurte informasjonen.

Forbudet mot diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet går enkelt ut på at det ikke kan stilles krav som gjør det vanskeligere for utenlandske tilbydere å møte kravene. I tilfeller hvor konkurransen står mellom utelukkende norske tilbydere vil forbudet innebære at en ikke kan favorisere lokale tilbydere uten saklig grunn. Hensynet til forholdsmessighet vil i tilfeller hvor det kan vises til legitime grunner for forskjellsbehandlingen, kunne veie tyngre enn kravet til likebehandling - eksempelvis dersom en kan begrunne et krav om geografisk nærhet.³⁶ Dette fremstår som en fornuftig løsning ettersom en for formalistisk tilnærming til regelverket vil kunne føre til mer tungvinte løsninger og at oppdragsgiver ikke oppnår den beste løsningen.

- Forutberegnelighet

En forutberegnelig anskaffelsesprosess skal være åpen og forutsigbar. Leverandører skal på bakgrunn av kunngjøring og konkurransegrunnlag være rustet til å vurdere hvorvidt det er hensiktsmessig for dem å bruke tid og ressurser på å inngi tilbud. Et utgangspunkt for å sikre forutberegnelighet er at konkurransegrunnlaget skal utformes «slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på, og hvordan dette skal gjøres», jf. KOFA-sak 2018/467.³⁷

³³ Nærings- og fiskeridepartementets veileder s. 55.

³⁴ Dragsten, *Offentlige anskaffelser – Regelverk, praksis og løsninger*, s. 53.

³⁵ Nærings- og fiskeridepartementets veileder s. 60.

³⁶ I KOFA-sak 2005/211 ble krav om kontorsted i Bergen godtatt da det var viktig for både problemforståelsen og tilgjengeligheten.

³⁷ Dette utgangspunktet for vurderingen er lagt til grunn i EU-domstolens sak C-19/00 (SIAC).

- Etterprøvbarehet

Kravet til etterprøvbarehet innebærer at oppdragsgiver må føre dokumentasjon over forhandlingene og begrunne utfallet av konkurransen. Dette skal sikre leverandørenes rettssikkerhet ved at de selv, og eventuelle klageorgan, i ettertid kan kontrollere at konkurransen er gjennomført i tråd med lov og forskrift. For å illustrere med et tilfelle av brudd på regelverket, kan det vises til KOFA-sak 2017/122. Klager fikk i vedkommende sak opplyst at den valgte leverandør sitt tilbud scoret «høyere» på tildelingskriteriet kvalitet/funksjonalitet, uten at det var begrunnet hva som gjorde at valgte leverandør sitt tilbud var bedre. KOFA konstaterte brudd på kravet til etterprøvbarehet da den mangelfulle begrunnelsen ikke gjorde det mulig for nemnda å ta stilling til klagers anførsel om at regelverket var brutt ved evalueringen av tilbudene.

- Forholdsmessighet

Forholdsmessighet, eller proporsjonalitet, handler om at det skal være en balanse mellom mål og middel. De krav som stilles til leverandører eller ytelsen skal stå i forhold til den ytelse som skal anskaffes. Dersom det for eksempel stilles for strenge krav til en leverandørs kvalifikasjoner, vil dette være uforholdsmessig, men også diskriminerende dersom kravet fører til at reelt sett kvalifiserte leverandører blir hindret i å delta.

1.3 Avgrensninger

Oppgavens hovedfokus er å drøfte de rettslige spørsmål som oppstår i tilknytning til oppdragsgivers adgang til å redusere antall tilbud eller løsninger i en forhandling som forløper i flere faser, jf. FOA § 23-11. Oppgavens fokus vil være på anskaffelsesforskriften som gjelder for såkalt klassisk sektor, men vil i tillegg kommentere noe opp mot forsyningsforskriften i oppgavens kapittel 3. Reglene i forsyningsforskriften er en sektorforskrift som gjelder for sektorene vann- og energi, transport og posttjenester. Reguleringen her er svært lik reglene i anskaffelsesforskriften, men har tradisjonelt vært mer liberale. Som et bakteppe for drøftelsen vil i tillegg generelle regler om konkurranse med forhandling i klassisk sektor gjennomgå.

Det avgrenses mot tjenestekonsesjonsforskriften da denne forskriften regulerer konsesjonskontrakter som skiller seg fra ordinære anskaffelseskontrakter ved at det er

leverandøren som har den vesentlige driftsrisikoen og som bærer utgiftene ved etablering.³⁸ Det faller seg ikke naturlig å behandle denne kontrakttypen i oppgaven.

Det avgrenses videre mot konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring jf. § 13-3, samt mot prosedyrene innovasjonspartnerskap, jf. § 13-1 (3) og konkurransepreget dialog, jf. § 13-2. Vilåårene for å ta i bruk sistnevnte prosedyreform er sammenfallende med vilåårene for konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring, men det avgrenses mot denne konkurransetypen for å begrense oppgavens omfang.

1.4 Opplegget videre

Anskaffelsesforskriften § 23-11 inneholder en særlig regulering av oppdragsgivers adgang til å redusere antall tilbydere under selve forhandlingene. Anskaffelsesforskriften inneholder imidlertid også ulike hjemler som gir oppdragsgivere rett eller plikt til å redusere antall deltakere underveis i anskaffelsesprosessen på andre måter. Dette kan skje både i kvalifikasjonsfasen, hvor bare et utvalg kvalifiserte leverandører blir invitert til å inngi tilbud (etter en vurdering på bakgrunn av kvalifikasjonskrav og utvelgelseskriterier), og i tillegg har oppdragsgiver gjennom avvisningsreglene tidvis en rett eller plikt til å avvise tilbud.

Oppgavens hovedfokus vil være rettet mot de regler, hensyn og styrende prinsipper som gjør seg gjeldende når en oppdragsgiver skal foreta et nedvalg på bakgrunn av tildelingskriteriene etter anskaffelsesforskriften § 23-11. For å tegne et helhetlig bilde av reglene er det imidlertid hensiktsmessig med en kortfattet behandling også av øvrige tilfeller der antall deltakere blir redusert.

I oppgavens kap. 2 presenteres hovedlinjene med en konkurranse med forhandling og hvilke krav som stilles til selve gjennomføringen av forhandlingene. Det vil også bli sett nærmere på adgangen til å benytte avvisningsreglene som en alternativ måte å sile ut tilbydere. Reglene som gjennomgås i kap. 2 danner et bakteppe for den videre fremstillingen. I oppgavens hoveddel, kap. 3, vil reglene for nedvalg av tilbud etter FOA § 23-11 bli gjennomgått og sammenlignet med de tilsvarende reglene i forsyningsforskriften.

³⁸ <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/konsesjonskontrakforskriften/id2518746/>, tilgang opprettet 02.05.2019.

2 Generelt om konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring

2.1 Vilkårene for å bruke konkurranseformen

På klassisk sektor er utgangspunktet at oppdragsgiver skal benytte åpen eller begrenset anbudskonkurranse, se FOA § 13-1 (1). Konkurranse med forhandling kan kun benyttes dersom et av de alternative vilkårene i § 13-2 bokstav a til e er oppfylt, jf. § 13-1 (2). Bestemmelsen viser til tilfeller der det er tale om sammensatte eller komplekse ytelser som fordrer forhandlinger. Vilkårene viser blant annet til at det må foreligge «behov for tilpasninger», eller at det må være tale om «innovative løsninger».³⁹ Det er her ikke oppstilt en konkret terskel for hvor store tilpasninger en oppdragsgiver må ha behov for, eller hvor stor del av oppdraget som må bestå av design eller innovative løsninger. Etter utvidelsen av anvendelsesområde for konkurranse med forhandling er det antatt at prosedyren kan benyttes på det meste som ikke er ordinære hyllevarer.⁴⁰ Dersom oppdragsgiver kan vise til et legitimt behov for å forhandle med leverandørene, er dette i utgangspunktet tilstrekkelig.⁴¹

Dette stiller seg imidlertid annerledes etter forsyningsforskriften som implementerer en ulik regulering i EU-direktivene.⁴² Det følger av forsyningsforskriften § 9-1 (1) at oppdragsgiver «kan alltid bruke (...) konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring».

Bakgrunnen for denne forskjellen er aktivitetene i forsyningssektorene normalt er mer konkurranseorienterte og at behovet for fleksibilitet dermed er større, mens det i klassisk sektor er et noe større behov for detaljerte regler for å sikre effektive innkjøp.⁴³ Virksomheter i forsyningssektorene vil som et utgangspunkt være basert på forretningsmessig drift og behov for å kunne treffe raske beslutninger og det å møte markedets krav til løsninger vil være større. Oppdragsgivere er derfor gitt fleksibilitet ved at de står fritt i valget av prosedyreform i denne sektoren.⁴⁴

2.2 Kunngjøring og utvelgelse av deltakere

³⁹ FOA § 13-2 bokstav a) og b).

⁴⁰ NOU 2014:4, s. 149.

⁴¹ Nærings- og fiskeridepartementets veileder s. 122.

⁴² Forsyningsforskriften implementerer Direktiv 2014/25/EU.

⁴³ Nærings- og fiskeridepartementet, høringsnotat 3 s.2, med henvisninger til NOU 1997:2.

⁴⁴ Ibid.

2.2.1 Innledning

Et virkemiddel i anskaffelsesregelverket for å sikre konkurranse og en gjennomsliktig prosess er at alle konkurranser skal kunngjøres. En kunngjøring gjør markedet oppmerksom på den forutstående konkurransen og bør inneholde all informasjon som er nødvendig for at den leverandør skal kunne vurdere om han ønsker å delta.⁴⁵ Kravet til kunngjøring følger av § 21-1 og § 14.

Kunngjøringen skal publiseres i Doffin i samsvar med reglene i § 21-1. Sammen med kunngjøringen må det produseres et konkurransegrunnlag, jf. § 14. Dette er imidlertid ikke nødvendig dersom kunngjøringsteksten inneholder all den nødvendige informasjonen. Det vanlige er likevel at det blir utarbeidet et konkurransegrunnlag da kravene som stilles til kunngjøringsteksten er svært strenge dersom det skal tillates at oppdragsgiver avstår fra å utarbeide et konkurransegrunnlag.⁴⁶

2.2.2 Frist for å rette forespørsel om å delta § 20-4

I en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring har leverandørene en frist på 30 dager regnet fra den alminnelige kunngjøringen sendes til TED-databasen⁴⁷ til å rette forespørsel om å delta i konkurranse, jf. § 20-4 (1).

2.2.3 Invitasjon til å delta § 23-2

Alle interesserte leverandører kan rette forespørsel om å delta i konkurransen, men bare de som blir invitert kan delta i konkurransen, jf. § 23-7 (1). Invitasjonen skal skje skriftlig og samtidig til alle de inviterte, jf. § 23-2.

På dette stadiet, hvor leverandører kan forespørre deltakelse, er det to sett av regler som hjemler en potensiell utsiling av forespørsler. For det første kan oppdragsgiver velge å oppstille kvalifikasjonskrav etter § 16-1; dette er krav som stilles for å sikre at leverandøren evner å gjennomføre kontrakten. Leverandører som ikke tilfredsstiller disse kravene, skal avvises, se § 24-2 (1) bokstav a).

⁴⁵ Nærings- og fiskeridepartementets veileder pkt. 11.13.1.

⁴⁶ Kommentar rettsdata til § 14-1 (note 265) ved Thue og Søyland.

⁴⁷ Den offisielle europeiske databasen for kunngjøringer, jf. FOA § 4-5 bokstav b).

Videre har oppdragsgiver adgang til å foreta en utvelgelse blant de kvalifiserte leverandører, slik at det kun forhandles med et gitt antall leverandører, jf. § 16-12. I det videre skal jeg kort gjennomgå disse to regelsettene.

2.2.4 Kvalifikasjonskrav

Det følger av § 16-1 (1) at oppdragsgiver «kan» stille krav til leverandørenes kvalifikasjoner, det er dermed valgfritt om oppdragsgiver ønsker å oppstille kvalifikasjonskrav.

Kvalifikasjonskrav skal knytte seg til leverandørens evne til å oppfylle kontrakten.

Det er tale om minimumskrav som skal sikre at leverandøren er i stand til å gjennomføre kontrakten⁴⁸. Kravene kan knytte seg til leverandørenes organisatoriske evner, jf. § 16-2, økonomisk og finansiell kapasitet, jf. § 16-3, samt tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. § 16-5.

Oppdragsgiver er gitt betydelig skjønnsfrihet i valget av hvilke krav som skal stilles for den enkelte anskaffelse, men det er likevel oppstilt enkelte rammer i forskriften som oppdragsgiver må holde seg innenfor. Det følger av § 16-1 tredje punktum at kvalifikasjonskravene «skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen», det samme følger også av de grunnleggende kravene til konkurranse og forholdsmessighet som er oppstilt i LOA § 4. I kravet til forholdsmessighet ligger det at kravene må være proporsjonale med anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet.⁴⁹ Det vil ikke være lovlig å stille strengere krav enn det som er nødvendig for den konkrete anskaffelsen. For eksempel vil det å stille krav om avansert teknisk utstyr i en anskaffelse hvor dette ikke er nødvendig for å produsere ytelsen, være brudd på regelverket. Slike krav vil være konkurransehemmende ved at leverandører som reelt sett er kvalifiserte til å oppfylle konkurransen blir holdt utenfor på grunn av uforholdsmessige kvalifikasjonskrav.⁵⁰ Videre skal kriteriene være objektive og ikke-diskriminerende.

Leverandørene skal ikke vurderes og rangeres opp mot hverandre på bakgrunn av

⁴⁸ Kommentar rettsdata ved Anders Thue og Mona Søyland § 16-1 (1).

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ I tillegg til at dette kan hjemles i forholdsmessighetsprinsippet, oppstiller direktivets art. 18 et forbud mot ubegrunnet begrensning av konkurransen.

kvalifikasjonskravene. Enten er kravet oppfylt, eller så er det ikke oppfylt. Dersom en leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, plikter oppdragsgiver å avvise vedkommende leverandør, jf. § 24-2 (1) bokstav a).

2.2.5 Utvelgelseskriterier - § 16-12

I en konkurranse med prekvalifisering vil oppdragsgiver i tillegg til å stille kvalifikasjonskrav kunne velge å operere med utvelgelseskriterier. Anskaffelsesforskriften § 16-12 hjemler en rett til bare å invitere et visst antall tilbydere til å inngi tilbud basert på valgte utvelgelseskriterier. Ut fra de nærmere angitte utvelgelseskriterier blir de kvalifiserte leverandørene på dette stadiet vurdert opp mot hverandre.

Oppdragsgiver har stor valgfrihet i hva slags utvelgelseskriterier han vil benytte. For eksempel kan kvalifikasjonskravene benyttes også som utvelgelseskriterier, slik at oppdragsgiver velger leverandører som best oppfyller de tekniske og faglige kvalifikasjonskravene. En annen måte å foreta utvelgelsen på kan være å velge de leverandører som gir best mulig konkurransedynamikk, for eksempel ved å sikre at valgte leverandører består av deltakere fra både små, mellomstore og store bedrifter.⁵¹

Oppdragsgiver kan videre velge å fastsette enten en nedre, eller en øvre grense for antall deltakere i konkurransen. Forskriften oppstiller likevel et krav om et minste antall deltakere for å sikre reell konkurranse. I en konkurranse med forhandling er minstekravet satt til tre leverandører, jf. § 16-12 (3). Det er ressurskrevende for oppdragsgiver å forhandle med mange leverandører, samtidig som det fra leverandørens ståsted kan fremstå lite gunstig å bruke mye ressurser på å levere et tilbud i en konkurranse hvor det er veldig mange tilbydere og dermed også tilsvarende lav sannsynlighet for å vinne kontrakten. Adgangen til kun å forhandle med et fåtall leverandører er derfor i tråd med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA § 1.

Bestemmelsen om bruk av utvelgelseskriterier kommer først til anvendelse der det er flere leverandører enn forutsatt som oppfyller kvalifikasjonskravene.⁵²

⁵¹ Veileder til forskrift 2006-04-07-402 (FAD veileder) pkt. 9.4.4.

⁵² Goller m.fl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, s. 144.

2.3 Nærmere om gjennomføringen av forhandlingene

2.3.1 Innledning

Gjennomføringen av forhandlingene er regulert i § 23-7 og § 23-10. Forskriftens § 23-7 oppstiller regler om hvem som kan gi tilbud, hvem det skal forhandles med og hva det skal forhandles om, samt hvordan eventuelle endringer skal håndteres og hvilke frister som gjelder.

I § 23-10 er det oppstilt fellesregler om taushetsplikt og konfidensialitet som gjelder for både forhandlinger og dialog. Begge regelsett suppleres av de alminnelige anskaffelsesrettslige prinsippene i LOA § 4.

I det videre skal jeg kort behandle enkelte fellesspørsmål som utgjør en del av bakteppet for behandlingen i kapittel 3.

2.3.2 Spørsmålet om hvem det skal forhandles med

Et grunnleggende spørsmål er hvor langt oppdragsgiver har rett og plikt til å forhandle med alle som er invitert til å inngi tilbud i konkurransen. Denne problemstillingen kan sies å ha to hoveddimensjoner. For det første spørsmålet om adgangen til å foreta tildeling av kontrakten uten å gjennomføre forhandlinger, se punkt 2.3.2.1, og for det andre spørsmålet om hvor langt oppdragsgiver kan ha en rett eller plikt til å avvise tilbydere i forkant av forhandlingene, se punktene 2.3.2.2 og 2.3.2.3 nedenfor.

2.3.2.1 Har oppdragsgiver en plikt til å forhandle?

Det første spørsmålet er om oppdragsgiver er forpliktet til å forhandle, eller om oppdragsgiver har adgang til å anta et av tilbudene direkte.

Som et utgangspunkt foreligger det en plikt til å forhandle med alle leverandører som er invitert til å inngi tilbud, jf. § 23-7 (2), jf. 23-7 (1). Det er likevel gjort et unntak for de tilfeller hvor oppdragsgiver har tatt forbehold om direktetildeling i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interessen, jf. § 23-7 (5).

Det er ulike hensyn som begrunner behovet for en slik regel. For det første vil det kunne skje at oppdragsgiver allerede i første runde mottar et tilfredsstillende tilbud. I en slik situasjon

tilsier effektivitet og ressursutnyttelse at å inngå i forhandlinger ikke vil være gunstig. Videre kan det tenkes at leverandører av kommersielle grunner, eller for å spare tid, ikke leverer sitt beste tilbud i første runde. Et forbehold om direktetildeling kan da bidra til at tilbudene som blir inngitt i første runde er mer gjennomarbeidede. Et annet moment er situasjonen hvor det tas forbehold om direktetildeling i tilfeller hvor det også blir forbeholdt mulighet for nedvalg. Forbeholdet kan da motvirke at leverandører inngir tilbud med en urealistisk lav pris for å sikre seg at de ikke blir nedvalgt – er det tatt forbehold vil disse risikere å bli bundet av de lave prisene.⁵³

Så hvorfor ikke alltid forbeholde seg retten til å anta et tilbud direkte? En ulempe ved å alltid forbeholde seg denne retten er leverandører ikke kommer med forslag til presiseringer og forbedringer i frykt for at det skal ramme dem negativt - derfor kan en utilsiktet konsekvens bli at oppdragsgiver går glipp av verdifulle tilbakemeldinger som igjen kunne ledet til et bedre innkjøp.⁵⁴ Situasjonen kan imidlertid avhjelpes ved at det utformes et tilbud, og at eventuelle bemerkninger legges ved i et separat dokument.⁵⁵

Det er dermed adgang for oppdragsgiver til å anta et tilbud direkte såfremt det er tatt forbehold om dette, da vil kravet til likebehandling være ivaretatt og leverandørenes forutberegnelighet vil være sikret.

Uavhengig av om oppdragsgiver har tatt et slikt forbehold om mulig «direktetildeling», kan oppdragsgiver som nevnt også velge å ta et forbehold om gradvis utfasing av tilbyderkretsen, se § 23-11. Oppgaven kommer nærmere inn på dette i kapittel 3. I slike tilfeller foreligger det imidlertid en plikt til å forhandle, men altså ikke en ubetinget plikt til å forhandle med alle deltakerne.

2.3.2.2 Nedvalg gjennom avvisning av tilbud

Oppdragsgiver har en relativt vid adgang – rett- til å avvise tilbud som inneholder avvik fra konkurransedokumentene. I praksis kan man tidvis få inntrykk av at denne adgangen til å

⁵³ Treumer, *Udbudsloven*, s. 222 (Kapitelforfattere advokat Jens Bødtcher-Hansen og advokat Rasmus Holm Hansen).

⁵⁴ Treumer, *Udbudsloven*, s. 221 (Kapitelforfattere advokat Jens Bødtcher-Hansen og advokat Rasmus Holm Hansen).

⁵⁵ Ibid.

avvise tilbud benyttes som et skalkeskjul for å kvitte seg med tilbud man ikke ønsker å ha med videre.

Oppdragsgiver kan velge å avvise tilbud som «inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige», jf. § 24-8 (2) bokstav a). Det går dermed en nedre terskel for avvisning mot ubetydelige feil. Forenklingsutvalget legger til grunn at terskelen for hva som anses ubetydelig må anses å være lav,⁵⁶ - illustrerende er at klagenemnda i sak 2013/8 fant at et forbehold av «helt underordnet karakter» ga oppdragsgiver rett til å avvise tilbudet med hjemmel i § 24-8 (2).⁵⁷ Den lave terskelen følger av at oppdragsgiver skal ha frihet til å sette de vilkår som er ønskelig, og har et vidt innkjøpsfaglig skjønn ved fastsettelsen av hvilke forhold som vil medføre avvisning.⁵⁸ Dette kan være positivt ettersom det beskytter oppdragsgiver fra å bruke ressurser på unødvendige uklarheter som tilbyder kunne unngått.

Dersom terskelen for hva som blir akseptert som et «ikke ubetydelig forbehold» blir satt for lav, oppstår det imidlertid en fare for at oppdragsgivere kan bruke hjemmelen til å styre tildelingen gjennom strategisk avvisning. Med strategisk avvisning menes en avvisning som tilsynelatende er begrunnet i uklarheter, men hvor det kan være andre grunner som gjør at oppdragsgiver ikke vil ha vedkommende tilbydere med videre i forhandlinger. Dette vil være lite tillitsskapende⁵⁹ og uheldig både med tanke på de grunnleggende krav til likebehandling og konkurranse, men også fordi leverandører gjerne bruker lang tid og legger ned store ressurser i å inngi tilbud.

Etter § 24-8 (2) bokstav er det ingen begrensning som stopper en oppdragsgiver fra å avvise tilbydere til det gjenstår bare én - dermed kan bestemmelsen gi en legitim adgang til å bare forhandle med én tilbyder. For å sikre konkurranse gjennom alle forhandlingsrunder, er det i hjemmelen for nedvalg i § 23-11 ikke åpnet for å fase ut ned til kun én tilbyder. Ut fra sammenhengen i loven vil det derfor være en mindre heldig løsning om dette kan gjøres med hjemmel i en bestemmelse om avvisning.

⁵⁶ NOU 2014:4, pkt. 25.4.7.1, s. 232.

⁵⁷ KOFA-sak 2013/8 premiss (51)

⁵⁸ KOFA-sak 2013/8 premiss (39).

⁵⁹ Jf. LOA § 1.

Bestemmelsen i § 24-8 (2) bokstav a) gjelder for alle konkurranseformer, og gjelder løpende gjennom hele konkurransen. Det kan imidlertid argumenteres for at denne regelen ikke treffer like godt i en forhandlingskontekst sammenlignet med anbudskonkurranser. I en konkurranse med forhandling er det som nevnt ofte snakk om store og komplekse anskaffelser som gjør det vanskeligere å utforme klare tilbud - kanskje har leverandørene en lavere terskel for å inngi tilbud som er noe uklare nettopp fordi de vet at det skal forhandles.

Etter gjeldene forskrift foreligger det heller ingen avklaringsplikt etter § 24-8 (2).⁶⁰ Det er nå forskriftsfestet i § 23-3 (2) at leverandøren selv bærer risikoen for uklarheter i tilbudet.⁶¹ Det er dermed ingen plikt til å ettergå eller betvile innholdet i tilbudet, med mindre det er spesielle forhold ved tilbudet som foranledninger dette.⁶²

God forretningsskikk, samt de nevnte hensyn, tilsier etter dette at oppdragsgivere i en konkurranse med forhandlinger bør benytte seg av forskriftens § 23-5 (1) som gir oppdragsgiver adgang til å be leverandørene om å «ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon», så fremt dette ikke medfører at «tilbudet forbedres», jf. annet ledd. På denne måten kan utilsiktede uklarheter rettes opp i, og en kan unngå styring av tildelinger som tilsynelatende er begrunnet i nettopp slike uklarheter.

2.3.2.3 Spørsmålet om mulig avvisningsplikt i forkant av forhandlingene

Et noe omdiskutert spørsmål er om oppdragsgiver har en ubetinget rett til å forhandle med alle leverandører som har inngitt tilbud.

For tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene» følger det av § 24-8 (1) b) at disse skal avvises. KOFA har uttalt i en rekke saker at avvik fra minstekrav som hovedregel vil regnes som vesentlige.

⁶⁰ Etter den tidligere forskriften var det et vilkår at det var søkt å oppnå avklaring, se NOU 2014:4 pkt. 25.4.7.1. Bakgrunnen for regelen var en frykt for at en vid avvisningsrett ville bli misbrukt og komme i konflikt med likebehandlingsprinsippet og god forretningsskikk.

⁶¹ NOU 2014:4 pkt. 25.4.7.2, s. 232.

⁶² Se KOFA-sak 2010/200 premiss (32) hvor dette innholdet blir gitt til den tidligere ulovfestede regelen.

I forskriften § 24-10 (2) er det imidlertid åpnet for at avvisning i enkelte tilfeller kan utsettes til avklaringer er foretatt etter § 23-5 – denne adgangen er likevel begrenset til å gjelde for 24-8 (1) a) og c) – «vesentlige avvik» etter bokstav b) er utelatt. Det er nærliggende å tolke dette antitetisk som at tilbud med vesentlige avvik må avvises før forhandlinger starter. En slik tolkning har støtte i Difi sin veileder.

Bakgrunnen for den strenge linjen lovgiver i Norge har lagt seg på, er antatt å være EU-domstolens avgjørelse i Nordecon-saken fra 2013 hvor det ble slått fast at tilbud som ikke møter minimumskravene skal avvises før det innledes forhandlinger. Faktum i Nordecon-dommen var imidlertid noe spesielt da det av dommen fremstår som at oppdragsgiver aksepterte et tilbud som avvek fra minimumskravene. Rekkevidden av dommen er uklar om en sammenligner premissene med konklusjonen, hvilket gjør det uklart om dommen egentlig stenger for at det i dag skal kunne forhandles med tilbud som inneholder vesentlige avvik med sikte på å forhandle disse bort.

Rettspraksis etter den forrige forskriften la til grunn at vurderingen av om det forelå plikt til avvisning måtte knytte seg til leverandørens endelige tilbud, og tillot dermed å gå i forhandlinger med sikte på å forhandle bort vesentlige avvik. Dette er av flere grunner en bedre løsning: Forhandles avvik bort, vil likebehandlingsprinsippet være ivaretatt og minimumskravene vil beholde sin virkning. Videre unngår en at vesentlige avvik som er utilsiktede fra leverandørens side får som konsekvens at en avviser leverandører som potensielt kunne gitt det beste tilbudet. Å tillate å forhandle bort vesentlige avvik vil derfor være bedre i tråd med det grunnleggende prinsippet om konkurranse og med lovens formål om effektiv ressursstyring.

2.3.4 Hva kan det forhandles om?

Som konkludert i avsnitt 2.3.2 er det ikke rettslig grunnlag for å forhandle om vesentlig avvik - men hva er det tillat å forhandle om?

Det følger av § 23-7 (2) annet punktum at forhandlingene kan gjelde «alle sider ved tilbudet», det er dermed en vid forhandlingsadgang. Formålet med forhandlingsinstituttet er at

oppdragsgiver skal ha adgang til å forhandle så mye som mulig for å oppnå best mulig ytelse. Hensynet til fleksibilitet står sterkt.

I mange tilfeller er det imidlertid tale om komplekse anskaffelser som gjennomføres etter del III, ofte slik at oppdragsgiver ikke fra starten av er sikker på hvilket sluttprodukt han ser for seg. Forhandlingene kan foregå over lang tid og det kan for eksempel ha kommet teknologiske nyvinninger på markedet i mellomtiden. Arten av anskaffelsen kan derfor føre til at oppdragsgiver kan ha et behov for å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget etter at forhandlingene har startet. Spørsmålet er om regelverket åpner for at det kan gjøres endringer i konkurransegrunnlaget underveis i forhandlingene.

Det følger av § 23-7 (2) tredje punktum at det ikke er tillat å forhandle om «tildelingskriteriene» og «absolutte krav». Skranken mot å forhandle om «absolutte krav», er et forbud mot å forhandle om kriterier som fremstår som ufravikelige i konkurransegrunnlaget. Bakgrunnen for regelen er at en for vid adgang til å forhandle vil kunne komme i konflikt med kravene til forutberegnelighet og likebehandling. Det vil stride mot disse grunnleggende prinsippene å tillate forhandlinger på et annet grunnlag enn det som fremgår av konkurransegrunnlaget.

Det følger likevel av § 23-7 (3) første punktum at «Eventuelle endringer i konkurransegrunnlaget som følge av forhandlingene skal umiddelbart sendes til alle de gjenværende leverandørene». Bestemmelsen forutsetter dermed at enkelte endringer kan foretas etter første tilbudsfrist er løpt ut. Dette er i tråd med formålet om å tilby en fleksibel prosedyreform - en nulltoleranse mot alle endringer ville vært unødvendig formalistisk. Det vil imidlertid alltid være en fare for at oppdragsgiver, etter å ha sett tilbudene, foretar endringer for å tilpasse konkurransegrunnlaget til en bestemt leverandørs tilbud⁶³ - oppdragsgivers fleksibilitet kan ikke gå på bekostning av leverandørenes rettssikkerhet.

Det er noe uklart hvilke endringer som er tillat, men grensen går ved det som kan karakteriseres som vesentlige endringer.⁶⁴ Endringene vil være vesentlige dersom de er av en slik karakter at de åpner for at flere leverandører enn den kunngjøringen rettet seg mot, kunne

⁶³ Thue, Buan, m.fl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, s. 859.

⁶⁴ Dette utgangspunktet er bekreftet i LB-2016-35199.

ha deltatt.⁶⁵ Forenklingsutvalget legger i sin gjennomgang av regelverket til grunn at endringer i absolutte krav etter tilbudsfristens utløp alltid vil være å anse som vesentlige.⁶⁶

2.3.5 Kort om forhandlingsprosessen

2.3.5.1 Veiledningsplikt

I en konkurranse med forhandling vil tilbud i de innledende fasene ofte bestå av uferdige løsninger som fordrer avklaringer eller presiseringer. I slike tilfeller åpner § 23-5 første ledd for at oppdragsgiver «kan» be leverandøren om å «ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon», forutsetninger er at dette ikke medfører at tilbudet forbedres, jf. annet ledd. Oppdragsgiver har altså en adgang til frivillig å be om at uklarheter avklares, men spørsmål er om det i disse situasjonene påhviler oppdragsgiver en avklarings- eller veiledningsplikt, selv om innkomne tilbud presumptivt er bindende.⁶⁷ Nemndspraksis etter den tidligere forskriften har vært noe uklar på om det foreligger en slik plikt, og i tilfelle hva som er rekkevidden av den.

Fra flere nemndsavgjørelser fremgår det at oppdragsgiver har en plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene, men at det av denne plikten ikke kan utledes en plikt til å påpeke alle sider av leverandørens tilbud som kan forbedres⁶⁸, forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning må imidlertid gjøres kjent for leverandørene.⁶⁹ KOFA har videre uttalt at veiledningsplikten er særlig aktuell i tilfeller hvor leverandørene ligger poengmessig svært likt og forholdet kan være utslagsgivende.⁷⁰

Spørsmålet om hvorvidt det foreligger en veiledningsplikt innebærer en avveining mellom hensynet til konkurranse og hensynet til fleksibilitet og effektiv ressursbruk. Det må foretas en konkret vurdering av hvor grundig saksbehandlingen har vært og hva som ville skjedd om leverandøren ble tatt med videre –herunder om den aktuelle leverandøren hadde han hatt en reell sjanse til å nå opp i konkurransen.⁷¹ Utgangspunktet må være at ethvert tilfelle må

⁶⁵ Nærings- og Fiskeridepartementets veileder pkt 4.3.2.2.2.

⁶⁶ NOU 2014:4, pkt. 19.5.2.

⁶⁷ Thue, Buan, m.fl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, s. 885.

⁶⁸ KOFA- sak 2015/125, jf. også sak 2008/123.

⁶⁹ Nærings- og fiskeridepartementets veileder pkt. 34.4.7.3.

⁷⁰ Goller m.fl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, s. 88 med videre henvisninger til KOFA-sak 2011/ 131 premiss 96.

⁷¹ KOFA-sak 2008/170 premiss 62.

vurderes konkret. Det viktigste er at saksbehandlingen har vært grundig,⁷² og at oppdragsgiver på bakgrunn av denne kan legge til grunn at den nedvalgte ikke hadde reell sjanse til å nå frem i konkurransen.

Dette utgangspunktet må imidlertid vikes på dersom bakgrunnen for feil eller uklarheter i tilbudet, skyldes forhold på oppdragsgivers side. Ettersom oppdragsgiver ikke alltid vet helt hva han er ute etter, kan det føre til at spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget ikke er tilstrekkelig klare før kunngjøring.⁷³ Det er oppdragsgiver bærer risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget.⁷⁴

2.3.5.2 Likebehandling

Forenklingsutvalget har uttalt at det ikke er ønskelig med en situasjon hvor forhandlingene blir detaljregulerte. Utvalget antar at stor frihet til oppdragsgiverne vil kunne virke ressursbesparende ettersom de da gis mulighet til å gjøre forhandlingene enkle og billige der de ser at dette lar seg gjøre.⁷⁵ Å vektlegge hensynet til effektiv ressursbruk er i tråd med lovens formål, jf. LOA § 1.

Oppdragsgiver står likevel ikke helt fritt i møte med leverandørene, de grunnleggende prinsippene som er nedfelt i LOA § 4 vil utgjøre en rettslig ramme for forhandlingene. Dette vil blant annet innebære at det må settes like rammer for forhandlingene med alle tilbydere og at leverandører gis informasjon av samme kvalitet. Dette behøver ikke nødvendigvis bety lik informasjon ettersom forhandlingene vil forløpe ulikt for hver leverandør.⁷⁶ For å forhandle i tråd med likebehandlingsprinsippet er det for eksempel helt essensielt at partene blir gitt de samme forutsetningene til å forhandle. I en sak fra 2010 konstaterte KOFA brudd på likebehandlingsprinsippet i et tilfelle hvor innklagede fikk møte oppdragsgiver i forhandlingsmøter, mens klager kun var gitt mulighet til skriftlige forhandlinger.⁷⁷

⁷² KOFA-sak 2008/170.

⁷³ Goller m.fl, *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, s. 121.

⁷⁴ Se FOA § 14-1 (5).

⁷⁵ NOU 2014:4 pkt 16.3.1.2, s. 154.

⁷⁶ Se LB-2015-8828 hvor dette var tilfellet.

⁷⁷ KOFA-sak 2009/106, premiss 36-39.

2.3.5.3 Dokumentasjon og etterprøvbarehet

For å ivareta tilbydernes rettssikkerhet er det helt essensielt at det er mulig å kontrollere at kravet til likebehandling er ivaretatt.⁷⁸ Dersom forhandlingene er muntlige, må oppdragsgiver dokumentere disse i referater fra møtene. Tilfredsstillende dokumentasjon som sikrer en reell etterprøvbarehet vil være tillitsskapende og dermed også minske omfanget av tvister.

Konsekvensen av brudd på kravet om dokumentasjon kan føre til at leverandøren har krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen.⁷⁹

2.3.5.4 Begrunnelse

Forskriftens krav til begrunnelse skal sikre leverandørens mulighet til å ettergå oppdragsgivers beslutning. Den alminnelige begrunnelsesplikten følger av § 25-1. Her heter det i første ledd at oppdragsgiver skal «skriftlig og samtidig gi de berørte leverandør en meddelelse om valget leverandør før kontrakt inngås», samt at det skal angis en karensperiode i meddelelsen. Meddelelsen må komme før kontrakt tildeles slik at tilbyderne gis anledning til å ta rettslig skritt dersom de mener å være ulovlig avvist. Karensperioden skal sikre en periode før kontraktsinngåelse hvor tilbyder kan vurdere om han vil klage.

Begrunnelsen skal inneholde «navnet på den valgte leverandøren og en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene», jf. annet ledd. Innholdet skal være egnet til å gi en forsvarlig begrunnelse på hvorfor valgte leverandør hadde et bedre tilbud. Klagenemnda har imidlertid uttalt at «det er ikke ønskelig ut fra lovens krav til effektiv ressursbruk, jf. § 1, at offentlige oppdragsgivere bruker uforholdsmessig mye tid på å utforme begrunnelse».⁸⁰ Begrunnelsen må imidlertid svare til forskriftens krav om etterprøvbarehet.

Den alminnelige begrunnelsesplikten skiller seg fra begrunnelsesplikten ved nedvalg, jf. § 23-11 (5) ved at den absolutte taushetsplikten i § 23-10 snevrer inn handlingsrommet for hva som kan opplyses etter et nedvalg. Oppgaven kommer tilbake til dette i avsnitt 3.4.

3 Reglene om nedvalg under forhandlingene, jf. AF § 23-11 og FF

⁷⁸ Dette er også fremhevet i Nærings- og fiskeridepartementets veileder pkt. 34.4.7.3.

⁷⁹ RG 2009 s. 1529.

⁸⁰ KOFA-sak 2011/371, premiss 19.

§ 19-12

3.1 Utgangspunkt

I en konkurranse med forhandling er utgangspunktet som nevnt at oppdragsgiver skal forhandle med alle leverandørene, jf. § 23-7 (2) første punktum. Regelen er særlig begrunnet i det grunnleggende kravet til likebehandling. I samsvar med nærmere angitte vilkår, gir imidlertid § 23-11 adgang til å foreta nedvalg under forhandlingene. Nedvalg skjer i tilbudsfasen, etter at kvalifiserte leverandører er valgt og tilbud fra kvalifiserte leverandører er inngitt.

Formålet med bestemmelsen om nedvalg er at oppdragsgiver skal gis anledning til å «sile ut» de minst fordelaktige tilbudene. Ved å slippe å starte forhandlinger med leverandører som ikke har reelle utsikter til å vinne kontrakten vil begge parter spare ressurser. Videre åpner forhandlinger for en mulighet for i hver fase å kunne prege tilbudets utforming, slik at tilbudet som blir inngitt i siste runde i størst mulig grad svarer oppdragsgiver behov på et akseptabelt økonomisk og kvalitetsmessige nivå.⁸¹ Regelen er dermed i tråd med anskaffelseslovens formål om en effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser.⁸²

For forsyningssektoren har dette tidligere vært et uregulert terreng - det har ikke eksistert noen spesifikk regulering av nedfasing. Ved revideringen av anskaffelsesregelverket ble det imidlertid inntatt en bestemmelse om nedvalg også i forsyningsforskriften, jf. FF § 19-12. Bestemmelsen er likeartet med FOA § 23-11. Forsyningsforskriften har alltid hatt en mer liberal regulering sammenlignet med anskaffelsesforskriften og som nevnt i avsnitt 2.1 er det ingen vilkår som må være oppfylt for at konkurranse med forhandling kan benyttes etter forsyningsforskriften, men på dette punkt er det likevel valgt en ordlyd som er identisk med bestemmelsen i anskaffelsesforskriften. I forarbeidene er det lagt til grunn at reglene i forsyningsforskriften skal ha samme materielle innhold som reglene i klassisk sektor når ordlyden er lik.⁸³ Bakgrunnen for at det er valgt lik regulering er trolig å skape forutsigbarhet og bidra til mindre usikkerhet i forsyningssektoren. Lik regulering vil bidra til mer praksis, og det rettslige spørsmålet blir mindre usikkert for forsyningssektorene ettersom praksis fra klassisk sektor blir relevant også ved behandling av tvister etter forsyningsforskriften.

⁸¹ Treumer, *Udbudsloven*, s. 187 (Kapitelforfattere Peter Dann Jørgensen og Thomas Larsen).

⁸² LOA § 1.

⁸³ Prop. 51 L (2015-2016) punkt 8.2.

I det følgende skal oppgaven se nærmere på ulike problemstillinger som reiser seg når oppdragsgiver skal foreta nedvalg i en konkurranse i flere faser. Spørsmålene knytter seg til kunngjøringen av konkurransen, beslutningsgrunnlaget for nedvalget, kravet til begrunnelse, konsekvensene av nedvalget og hva slags rettsmidler som er tilgjengelige i tilfeller hvor en tilbyder hevder å være ulovlig nedvalgt.

Det er lite detaljregulering om nedvalg i forskriften. Det er også sparsommelig skrevet om temaet i juridisk litteratur, og praksis knyttet til temaet er begrenset. Ettersom det er sparsomt med kilder, vil de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene samt hensyn og formål bak reglene bli sentrale rettskilder.

3.2 Kunngjøring som vilkår for nedvalg

For å kunne benytte nedvalg under forhandlingene, er det oppstilt et grunnleggende krav om synliggjøring i forkant, jf. § 23-11 (2). Det vises her til fremstillingen i punkt 2.2 ovenfor.

Videre oppstiller forskriften regler for å informere leverandører om hvorvidt de tar ulike forbehold i tilknytning til forhandlingene. For det første følger det av § 23-11 (2) at oppdragsgiver i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse «skal angi om han forbeholder seg retten til å redusere antall tilbud eller løsninger». Hensynet bak regelen er å ivareta leverandørenes forutberegnelighet, leverandøren har rett på å vite om hans første tilbud kan bli hans siste.

En forlengelse av denne regelen er inntatt i fjerde ledd hvor det heter at oppdragsgiver kun har adgang til å redusere antall tilbud eller løsninger i forkant av forhandlinger dersom han har forbeholdt seg retten til dette i «anskaffelsesdokumentene». Dette er en fellesbetegnelse for kunngjøringen, konkurransegrunnlaget og det europeiske egenerklæringsskjemaet, jf. § 4-2 bokstav b), og regelen innebærer derfor også et krav om kunngjøring av forbehold i forkant.

Oppdragsgiver får kanskje allerede i første forhandlingsrunde et tilfredsstillende tilbud, ut fra prosessøkonomiske hensyn vil det da være gunstig å forbeholde seg denne retten.⁸⁴

⁸⁴ Treumer, *Udbudsloven*, s. 179 (Kapitelforfattere Peter Dann Jørgensen og Thomas Larsen).

Informasjonen om at en forbeholder seg retten til utfasing allerede før forhandlingene tar til må altså være gitt på et tidligere tidspunkt sammenlignet med forbeholdet om å redusere antall tilbud eller løsninger underveis. Dersom oppdragsgiver har forbeholdt seg retten til å foreta nedvalg etter § 23-11 (2), men forsømt å opplyse i anskaffelsesdokumentene om at man som tilbyder kan bli faset ut allerede før forhandlingene starter, plikter oppdragsgiver å forhandle med alle tilbydere som har inngitt tilbud.

Hensynet bak begge disse reglene er å sikre leverandørene forutberegnelighet. Leverandører vil typisk gjerne tilpasse seg forskjellig avhengig av hvordan konkurransen skal forløpe. Hvorvidt de kan risiker å bli valgt bort før forhandlingene har startet, vil kunne påvirke grundigheten av leverandørenes utforming av første tilbud. Når leverandørene vet hva som skal skje, vil de ha incentiv til å levere sitt beste tilbud fra starten av. At de første tilbudene som inngis er godt gjennomarbeidet vil være effektivt og ressursbesparende ved at oppdragsgiver tidlig i prosessen kan få et klarere bilde av hva som kan oppnås og dermed bidra til å korte ned behandlingstiden.

3.3 Grunnlaget for nedvalget - en vurdering av tilbudene opp mot tildelingskriteriene

Det følger av § 23-11 (1) siste punktum at nedvalg av tilbud skal «foretas på grunnlag av tildelingskriteriene».

3.3.1 Tildelingskriteriene

Tildelingskriterier er konkurransekriterier som oppdragsgiver skal bedømme tilbudene etter. Etter forskriften del III skal tildelingskriteriene og deres relative vekt oppgis i konkurransegrunnlaget, jf. § 18-1 (6). Begrunnelsen for dette er at leverandøren i forkant av utformingen av tilbudet skal vite hvilke forhold som blir tillagt mest vekt. Tildelingskriterier er velegnet til å sikre sammenlignbare tilbud, hvilket igjen vil styrke likebehandlingen.

Overordnet skal oppdragsgiver bruke tildelingskriteriene til å kartlegge hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.⁸⁵ Etter anskaffelsesforskriften § 18-1 skal oppdragsgiver søke å identifisere dette på bakgrunn av tildelingskriteriene den laveste prisen, den laveste

⁸⁵ EU-domstolens sak C-19/00 SIAC, premiss 35 flg.

kostnaden eller det beste forhold mellom pris eller kostnad og kvalitet. Kriteriene skal være angitt uttømmende, slik at det ikke vil være tillatt å legge vekt på andre forhold enn det som er angitt.⁸⁶ Det er lagt til grunn i nemndspraksis at oppdragsgiver har et vidt skjønn med hensyn til hvilke tildelingskriterier som benyttes,⁸⁷ en begrensning følger likevel av forskriften § 18-1 (5) hvor det heter at kriteriene ikke kan være «så skjønnspregede at de gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet». Regelen skal sikre at kriteriene er objektive, og innenfor rammene av LOA § 4.

For å være i tråd med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4 må tildelingskriteriene være utformet på en klar og utvetydig måte.⁸⁸ I EU-domstolens sak *SIAC Construction*⁸⁹ er det uttalt i tilknytning til klarhetskravet at tildelingskriteriene må være utformet på en slik måte at alle rimelig aktsomme leverandører vil forstå kriteriene på samme måte, herunder forstå hvilke krav som er absolutte.

I en konkurranse med forhandling er det i mange tilfeller vanskelig for oppdragsgiver på forhånd å spesifisere ytelsen som skal anskaffes og vite hva de ser etter. Selv om oppdragsgiver har anledning til å forhandle med leverandørene, er det likevel viktig at konkurransegrunnlaget er så utfyllende som mulig da det er konkurransegrunnlaget, sammen med det valgte tilbudet som vil utgjøre kontraktsforholdet mellom partene.⁹⁰

3.3.2 Krav til evalueringen forut for nedvalg

I en konkurranse med forhandling over flere faser vil ikke det første tilbudet som er inngitt nødvendigvis være et ferdigstilt tilbud fra leverandøren sin side - dette ligger i prosedyreformens natur. I det følgende skal to ulike spørsmål knyttet til tilbudsevalueringen drøftes: Det første er spørsmålet om oppdragsgiver på dette tidspunkt i konkurransen må ta i betraktning samtlige tildelingskriterier ved evalueringen av tilbudene, eller om en mer begrenset evaluering vil være tilstrekkelig.⁹¹ Det andre spørsmålet knyttet seg til grundigheten av evalueringen av tilbudene opp mot tildelingskriteriene.

⁸⁶ Direktivets foretale, premiss 90.

⁸⁷ KOFA-sak 2015/125 premiss (32).

⁸⁸ Se blant annet Rt. 2007 s. 1489 premiss 62.

⁸⁹ C-19/00 premiss 42.

⁹⁰ Dragsten, *Offentlige anskaffelser – Regelverk, praksis og løsninger*, s. 316.

⁹¹ Thue, Buan m.fl, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, s. 883.

En løsning for å effektivisere utvelgelsesprosessen kan være å basere nedvalgbeslutningen på kun enkelte av tildelingskriteriene. Vurderingen av om en slik løsning bør være tillatt beror på en avveining mellom forholdsmessighet og ressursbruk på oppdragsgivers side opp mot tilbyders behov for forutberegnelighet og rettssikkerhet.

Ordlyden i § 23-11(1) annet punktum angir at «(...)reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene», en naturlig tolkning av dette tilsier at alle tildelingskriterier skal vurderes. Formålet om å skape en fleksibel og effektiv prosedyreform, tilsier imidlertid at det bør være rom for å evaluere på bakgrunn av færre kriterier i første omgang. Hensynet til likebehandling vil samtidig være ivaretatt dersom alle leverandører blir vurdert på samme vilkår og etter de samme tildelingskriteriene.

Imidlertid vil en slik begrenset evaluering være problematisk med tanke på leverandørenes forutberegnelighet. Leverandører bruker store ressurser på å utforme tilbud og er avhengige av å vite hvilke kriterier som blir vektlagt i evalueringen for at ressursene som blir lagt ned i arbeidet ikke skal være bortkastet. Ordlyden i § 23-11 uttrykker som nevnt at nedvalget skal skje på bakgrunn av «tildelingskriteriene», en naturlig forståelse av dette er at alle de opplistede kriteriene skal danne grunnlaget for vurdering. Ordlyden i direktivet er likt utformet og viser til at reduksjon av tilbydere skal skje «(...) by applying the award criteria stated in the procurement».⁹² Videre heter det i departementets veileder at «Reduksjonen skal skje ved at de reviderte tilbudene evalueres og rangeres i henhold til oppgitte tildelingskriteriene».⁹³ Spørsmålet virker ikke å være særlig problematisert i teorien. Arrowsmith viser til at tilbudene antakelig må inneholde informasjon knyttet til alle tildelingskriterier, og at oppdragsgiver dermed må ta alle kriterier i betraktning og ikke kan velge «the provider with the best technical solution and leave the financial arrangements wholly to negotiations (...)».⁹⁴ Danske Jesper Fabricius legger uten videre til grunn at en reduksjon «skal i givet fald ske på grundlag af en evaluering ut fra det fastsatte tildelingskriterium».⁹⁵

⁹² Direktiv 2014/24/EU Art. 66.

⁹³ Nærings- og fiskeridepartementets veileder pkt. 34.4.7.3.1 s. 258.

⁹⁴ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, para 8.44 s. 590.

⁹⁵ Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 202.

Ved endelig tildeling av kontrakt er evalueringen den samme som ved reduksjon av tilbydere – en leverandør skal tildeles kontrakt på bakgrunn av tildelingskriteriene etter § 18-1. Dette tilsier at også vurderingen må være den samme. Dette vil også være den løsningen som er i tråd med de grunnleggende prinsippene til forutberegnelighet og likebehandling.⁹⁶ Det ser dermed ut til at det ikke er grunnlag for å lempe på omfanget av evalueringen ved nedvalg sammenlignet med evalueringen ved tildeling av kontrakt.

Konklusjonen må etter dette være at det etter dagens rettstilstand ikke er adgang til å foreta en begrenset evaluering av tildelingskriteriene. Et spørsmål er likevel om dette ville stilt seg annerledes dersom det kom tydelig frem av konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver i første runde vil foreta en begrenset evaluering. Med støtte i argumentene ovenfor, kan det argumenteres for at beslutningen om nedvalg kan basere seg på færre kriterier så fremt dette er tydelig angitt i konkurransegrunnlaget slik at en sikrer at prosessen er forutberegnelig og gjennomslutlig for leverandørene.

- Grundigheten av vurderingen

Videre er spørsmålet hvor mye som kreves av evalueringen for at den kan sies å være saklig og forsvarlig nok, og hvor godt det må dokumenteres at det er forskjeller mellom tilbudene. Vurderingen beror på en avveining mellom hensynet til leverandørenes rettssikkerhet og hensynet til effektivitet på oppdragsgivers side.

Ordlyden er taus om dette spørsmålet. I litteraturen er det imidlertid tatt til orde for at et utgangspunkt bør være at oppdragsgiver, for å kunne foreta nedvalget, bør ha tilstrekkelig med informasjon til å kunne konkludere med at den aktuelle leverandøren ikke ville hatt en reell mulighet til å nå opp i konkurransen med tilbudet sitt.⁹⁷ Det samme er uttalt i departementets veileder.⁹⁸ Dette er et fornuftig utgangspunkt ved at det sikrer leverandørenes rettssikkerhet, såfremt oppdragsgiver kan dokumentere bakgrunnen for rangeringen.

⁹⁶ Trygstad, *Tildeling av offentlige kontrakter – Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*, s.48.

⁹⁷ Thue, Buan, m.fl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, s. 886

⁹⁸ FAD veileder s. 211.

I en konkurranse med forhandling over flere faser kan det være utfordrende å foreta en fullstendig vurdering av tilbudene opp mot hverandre i de tidlige fasene nettopp fordi leverandørene vil ha mulighet til å forbedre tilbudet sitt i et revidert tilbud. En utfordring for oppdragsgiver er derfor at det er vanskelig å forutse hvor mye leverandørene har mulighet til å forbedre tilbudene, og dermed hvem som har en reell sjanse til å nå opp i konkurransen. Dette forholdet tilsier at kravet til grundighet i evalueringen bør være noe lempeligere når det gjøres nedvalg sammenlignet med en sluttevaluering. Det faktum at det er lempet på begrunnelsesplikten etter et nedvalg, se avsnitt 3.4 under, kan ut fra systembetragtninger tas til inntekt for at også kravet til grundigheten av evalueringen kan lempes på når det gjøres nedvalg.

Ettersom leverandørene har mulighet til å inngi reviderte tilbud, vil det ved nedvalg derfor være av betydning hvor stor avstand det er mellom tilbudene - er det liten poengmessig avstand mellom tilbudene, er det også vanskeligere å dokumentere at tilbudet med lavest poengsum ikke hadde reell mulighet til å nå opp i konkurransen.⁹⁹ Praksis fra KOFA viser tilfeller hvor prisforskjeller på 10% og 18% ikke dannet grunnlag for å si at leverandørene som scoret lavest, ikke hadde mulighet til å nå opp.¹⁰⁰ Begge sakene gjaldt den innledende fasen av konkurransen. Når nedvalg skal gjøres lenger ute i forhandlingene, er det imidlertid gode grunner som taler for at det er forsvarlig å foreta nedvalg selv om det bare er mindre forskjeller i poengsummene som skiller tilbudene.¹⁰¹ Dette følger av at det kunne antas at leverandørene som har levert reviderte tilbud har strukket seg så langt de har mulighet til og at tilbudet med lavest poengsum dermed ikke har reell mulighet til å bli tildelt kontrakten. Hvor store poengmessige forskjeller som kan godtas før oppdragsgiver kan konkludere med at en tilbyder ikke har reell sjanse, må derfor knytte seg til hvor detaljerte og grundige tilbud som er inngitt. Jo bedre grunnlag oppdragsgiver har for å evaluere, jo mindre avstand kan godtas mellom tilbudene forut for et nedvalg.

Det er få rettslige holdepunkter som gir grunnlag for å si noe om hvilke krav som stilles til grundigheten av evalueringen. Det er dermed vanskelig å konkludere med noe annet enn at oppdragsgiver må ha foretatt en evaluering som er grundig nok til at det kan konkluderes med

⁹⁹ Thue, Buan, m.fl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, s. 887.

¹⁰⁰ KOFA-sak 2004/2 og KOFA-sak 2004/76.

¹⁰¹ Ibid.

at den nedvalgte tilbyder ikke ville hatt mulighet til å vinne kontrakten.

3.4 Innholdet i begrunnelsesplikten etter 23-11 (5)

I forskriftens § 23-11 (5) er det stilt krav om at oppdragsgiver «snarest mulig» gir de leverandører som har fått sitt tilbud forkastet en «skriftlig meddelelse» om dette. Denne skal inneholde en «kort» begrunnelse for valget. Begrunnelsesplikten er viktig for å sikre rettssikkerheten – gjennom begrunnelsen er leverandøren sikret etterprøvbarehet og kan kontrollere at oppdragsgiver har holdt seg innenfor regelverkets rammer.¹⁰² Kravet om begrunnelse «snarest mulig» skal sikre at leverandøren gis anledning til å ta rettslig skritt for å bestride vedtaket dersom han mener det er begått feil. Spørsmålet er om de begrunnelsesplikten etter § 23-11 (5) rekker like langt som den alminnelige begrunnelsesplikten i § 25-1.

I § 25-1, som regulerer begrunnelsesplikten ved tildeling av kontrakt, er det et krav om at oppdragsgiver «skal gi en begrunnelse for valget (...)», videre følger det av annet ledd at «Begrunnelsen skal inneholde navnet på den valgte leverandøren og en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene». Kravet til begrunnelse synes etter en naturlig tolkning av ordlyden mer vidtgående etter kontraktstildeling sammenlignet med § 23-11 (5), ettersom ordet «kort» er utelatt. Ut fra systembetraktninger og hensynet til effektivitet fremstår det som en fornuftig løsning at et nedvalg – en avgjørelse på vei mot endelig tildeling – blir brukt mindre ressurser på enn begrunnelsen for den endelige tildelingen.

Formålet med begrunnelsesplikten er likevel den samme etter et nedvalg som etter en kontraktstildeling - begrunnelsen skal ivareta kravet til etterprøvbarehet. Leverandøren skal gjøres i stand til å forstå hvorfor han er nedvalgt, og ha kvalifisert nok informasjon til å bestride avgjørelsen. Det kan videre ses hen til departementets veileder hvor det uttales at begrunnelsen for nedvalg må inneholde tilstrekkelig informasjon for å kunne vurdere om valget er saklig og forsvarlig i henhold til tildelingskriteriene,¹⁰³ dette for å ivareta kravet til etterprøvbarehet. Dersom ordlyden i § 23-11 (5) leses i sammenheng med disse uttalelsene,

¹⁰² Dragsten, *Offentlige anskaffelser – Regelverk, praksis og løsninger*, s. 231

¹⁰³ Nærings- og fiskeridepartementets veileder pkt. 34.4.7.3.1, s. 258.

fremstår det som noe usikkert om en lemping av kravet til begrunnelse etter § 23-11 (5) er tilsiktet.

Begrunnelsesplikten må likevel ses i lys av taushetsplikten i § 7-4. Konkurransen er ikke nødvendigvis over selv om en eller flere leverandører er nedvalgt. Dette kan forklare hvorfor det bare er krav om kort begrunnelse etter et nedvalg. Oppdragsgiver må i denne situasjonen balansere plikten til å gi begrunnelse, opp mot behovet for ikke å avsløre innhold i de øvrige tilbud, jf. den absolutte taushetsplikten i § 23-10, eller i for stor grad avsløre evalueringsmetoder. Dette fordi informasjon om evalueringsmetoder kan være fordelaktig for de gjenværende leverandørene, og dersom denne informasjonen skulle bli røpet av en nedvalgt leverandør til en av de gjenværende leverandørene, vil dette komme i konflikt med kravet til likebehandling.

Det må derfor kunne konkluderes med at det er tilstrekkelig med en kort begrunnelse slik ordlyden legger til grunn, men slik at denne likevel må inneholde tilstrekkelig med informasjon til at nedvalgt leverandør vil være i stand til å bestride avgjørelsen. Dette vil være i tråd med kravet til god forretningsskikk og sikre den nedvalgte leverandør sin rettssikkerhet ved at nedvalget kan etterprøves.

3.5 Kravet om konkurranse i siste fase av forhandlingene

Forskriften § 23-11 (3) viser til at det «I den siste fasen av forhandlingene» må være tilstrekkelig antall tilbud eller løsninger til å sikre «reell konkurranse». Her er det særlig to spørsmål som reiser seg. Det første er hva som rent faktisk regnes som «siste fase» i forhandlingene, og det andre er hva forskriftens krav til «reell konkurranse» innebærer.

Først til spørsmålet om hva som menes med «siste fase», jf. § 23-11 (3), eller «in the final stage (...)» slik ordlyden i direktivets art. 44 (4) er formulert. Uklarheten knytter seg her til hvorvidt det siktes til en siste, definert forhandlingsrunde, eller om det er tale om en sisterunde hvor oppdragsgiver enes om kontraktsvilkårene med den tilbyder som på bakgrunn av tildelingskriteriene er foretrukket.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, para 8.50 s. 594.

En naturlig forståelse av ordlyden «siste fase» er i en forhandlingssammenheng nærliggende å forstå som siste runde hvor det forhandles, og hvor én tilbyder blir tildelt kontrakt på bakgrunn av tildelingskriteriene. Forskriftens § 23-7 (4) kan tas til inntekt som et støtteargument for en slik tolkning. I bestemmelsen heter det at oppdragsgiver «skal avslutte forhandlingene ved å sette en felles frist for mottak av endelige tilbud», formuleringen er naturlig å forstå som en referanse til forhandlingenes «siste fase», jf. § 23-11 (3). Dersom siste fase skal innebære en utarbeidelse av kontraktsvilkår med en utvalgt leverandør, vil ikke tilbudene som blir inngitt etter en «felles frist» være «endelige», jf. § 23-7 (4).

De beste grunner taler derfor for at «siste fase», jf. § 23-11 (3), er fasen hvor en vinner blir identifisert på bakgrunn av tildelingskriteriene.

Det andre spørsmålet er hva som ligger i formuleringen «reell konkurranse». Forskriften gir ingen føringer på hva som vil utgjøre en «reell konkurranse». En naturlig forståelse av ordlyden vil være at det er tilstrekkelig med tilbud til at en sikrer at formålet om effektiv ressursutnyttelse blir møtt.

I KOFA sak 2008/131 gjorde klager gjeldene at det var i strid med regelverket å bare invitere med to tilbydere til siste runde med forhandlinger. Forholdet var regulert under den gamle forskriftens § 17-6 (3) hvor forskriften stilte krav om et minimum på tre deltagere, med mindre annet var oppgitt i kunngjøringen. Dersom dette ikke ble gjort måtte alle som hadde levert et gyldig tilbud «gis adgang til å gi et forbedret tilbud før beslutning om tildeling av kontrakt», jf. § 20-11 (3). Klager var gitt anledning til å gi et forbedret tilbud, og nemda fant at det forhold at det bare var to gjenværende tilbud i konkurransen, ikke var i strid med regelverket.

I departementets veiler er det lagt til grunn at vurderingen av hva som er reell konkurranse må vurderes konkret.¹⁰⁵ Det nevnes likevel at en som et utgangspunkt kan se hen til kravene som er gitt for antall deltakende leverandører i § 16-12, selv om en ikke kan utelukke situasjoner hvor to tilbydere er tilstrekkelig.¹⁰⁶ Ved avgjørelsen av hvor mange tilbydere som skal tas med til siste fase må hensynet til konkurranse veies opp mot hensynet til effektivitet og ressursbruk

¹⁰⁵ Nærings- og fiskeridepartementets veileder pkt. 34.4.7.3.1.

¹⁰⁶ Ibid.

hos begge parter. I langvarige forhandlinger kan én ekstra tilbyder medføre betydelige ekstra kostnader. Samtidig vil det imidlertid alltid være en risiko for at en leverandør trekker seg i prosessen eller inngir et tilbud med vesentlige avvik, av den grunn bør en avgjørelse om å bare gå videre med to tilbydere være godt gjennomtenkt.¹⁰⁷

I en slik konkret vurdering må en blant annet ta i betraktning hvor kompleks ytelsen er og hvor mange potensielle aktører i markedet som kan levere det etterspurte. Er det tale om komplekse ytelser, nisjeprodukter eller avansert teknologi kan det være begrenset med leverandører i markedet. Dersom det er tale om en langvarige og ressurskrevende forhandlingsprosess, må en også kunne legge vekt på at kostnadene for både oppdragsgiver og leverandør bør stå i forhold til fordelene med å ha flere tilbydere. Å forhandle over lang tid med flere tilbydere er kostbart, og oppdragsgiver skal ikke trenge å forhandle med flere enn strengt nødvendig. Thue og Buan m.fl argumenterer imidlertid for at det antakelig må være tale om betydelige kostnadsbesparelser for å tillate å forhandle med færre enn tre leverandører.¹⁰⁸ De legger likevel til grunn at hvor mye som skiller leverandørenes muligheter for å vinne kan få betydning, slik at dersom det er marginale forskjeller mellom leverandørenes muligheter for å vinne kontrakten bør det kunne vises til større kostnadsbesparelser for å legitimere et valg om å kun ta to leverandører med til siste fase.¹⁰⁹ En slik forståelse av regelen vil være i tråd med kravet til konkurranse.¹¹⁰

3.6 Gjeninntreden i konkurransen

Konkurranser med forhandlinger kan trekke ut i tid og bli langvarige. Hva er da situasjonen om noe uforutsett skulle skje mot slutten av konkurransen som medfører at en leverandør må trekke seg – er det rom for å hente en nedvalgt leverandør inn igjen i konkurransen? Spørsmålet er todelt; for det første oppstår det et spørsmål om en nedvalgt leverandør har rett til å gjeninntre i konkurransen, og for det andre om oppdragsgiver kan ha en plikt til å hente inn igjen en nedvalgt leverandør.

Konsekvensene av et nedvalg er ikke regulert i forskriften. Et spørsmål som reiser seg er om

¹⁰⁷ Fabricius, *Offentlige innkøb i praksis*, s. 202.

¹⁰⁸ Thue, Buan, m.fl, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, s. 889.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ LOA § 4.

et nedvalg er et avslag i avtalerettslig forstand. Inngitte tilbud er som et utgangspunkt bindende til vedståelsesfristen har løpt ut. Vedståelsesfristen er fastsatt av oppdragsgiver, og angir hvor lenge tilbudene skal være bindende, jf. § 20-6 (1). Dersom oppdragsgiver ikke har fastsatt en vedståelsesfrist, er tilbudene bindende i 30 dager fra utløpet av tilbudsfristen, jf. § 20-6 (2). Reglene om vedståelsesfrister tilsier dermed at en nedvalgt leverandør kan hentes inn igjen i konkurransen så lenge tilbudet er bindende. Denne løsningen harmonerer imidlertid ikke så godt med grunnleggende avtalerett om avslag. Avtalerettslig vil en oppdragsgiver som avslår et tilbud, gjøre dette med bindende virkning, slik at en eventuell gjeninntreden i konkurransen bør skje på bakgrunn av et nytt tilbud fra leverandøren.

For å sikre forutberegnelighet, samt handle i tråd med god forretningsskikk bør det opplyses i begrunnelsen for nedvalget at oppdragsgiver forbeholder seg retten til å hente kandidaten inn igjen i konkurransen dersom noe uforutsett skulle skje.

En nedvalgt leverandør kan imidlertid ha gått glipp av informasjon den tiden han var ute, og dermed stille svakere i konkurransen. På bakgrunn av likebehandlingsprinsippet må derfor denne leverandøren i en slik situasjon gis tilsvarende muligheter som de gjenværende leverandørene til å inngi et konkurransedyktig tilbud.

Formålet med adgangen til å foreta nedvalg er imidlertid å effektivisere tildelingsprosessen. Hensynet til effektivitet tilsier at begge parter er ferdige med hverandre etter at nedvalg er foretatt. Å vedstå seg et tilbud vil være en utgift for leverandørene ettersom de i denne perioden må ta høyde for at det er en viss sjanse for at de vinner kontrakten, og derfor ikke kan påta seg oppdrag eller levere inn tilbud i konkurranser som gjelder for den samme perioden.¹¹¹ Formålet med adgangen til å redusere antall tilbydere under forhandlingene tilsier dermed at oppdragsgiver bør forkaste tilbudet og fristille den nedvalgte leverandøren.

Konklusjonen på det første spørsmålet er at en nedvalgt leverandør bør ha rett til å gjeninntre i konkurransen dersom noe uforutsett skulle skje. Dette vil styrke konkurransen, men det er som nevnt viktig at oppdragsgiver i en slik situasjon ser til at kravet til likebehandling er ivaretatt.

¹¹¹ NOU 2010:2, pkt. 13.3.3 s. 163 og i samme retning Thue, Buan, m.fl, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, s. 803.

Et annet spørsmål er om du som oppdragsgiver kan ha en *plikt* til å hente inn igjen en nedvalgt leverandør dersom noen trekker seg sent i konkurransen. Her må hensynet til konkurranse veies opp mot hensynet til effektivitet. I en situasjon hvor en leverandør allerede er nedvalgt er det viktig å merke seg grunnen til at nettopp denne leverandøren er nedvalgt – nemlig at leverandørens tilbud ikke ble ansett å ha en reell mulighet til å vinne kontrakten. Av den grunn kan det argumenteres for at hensynet til konkurranse allerede er ivaretatt, og at effektivitet dermed må veie tyngst slik at det ikke foreligger noen plikt til å hente inn igjen en nedvalgt leverandør.

3.7 Rettsmidler mot ulovlig nedvalg?

3.7.1 Innledning

I dette avsnittet skal det ses nærmere på hvilke verktøy som er tilgjengelig for en leverandør som mener å være ulovlig nedvalgt. Anskaffelsesregelverket har som formål å sikre forutsigbare prosesser tuftet på likebehandling og konkurranse. I tilfeller hvor prosessen ikke har svart til disse forventningene, kan det være aktuelt å ta rettslige skritt. Dette vil være tilfeller hvor beslutningen har vært usaklig, vilkårlig, basert på feil faktum, sterkt urimelig eller innebærer et brudd på de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene.¹¹²

Forskriften har ingen hjemler som eksplisitt regulerer rettsmidler mot ulovlig nedvalg, men lov om offentlige anskaffelser hjemler imidlertid en generell søksmålsadgang i § 8, og mulighet til å begjære midlertidig forføyning i LOA § 9. I tillegg har leverandøren valget om å inngi klage til oppdragsgiver og/eller KOFA, eller gå til erstatningssøksmål for positiv eller negativ kontraktsinteresse.

3.7.2 Klage til oppdragsgiver

Før kontrakt er signert, kan den nedvalgte leverandør sende en klage til oppdragsgiver hvor han oppfordrer oppdragsgiver til å omgjøre beslutningen. Klagenemndas virke er ikke eksplisitt regulert i anskaffelsesforskriften, men følger av klagenemndsforordningen.¹¹³ Ut fra anskaffelsesrettens krav til god forretningsskikk kan det argumenteres for at oppdragsgiver

¹¹² Jf. eksempelvis KOFA-sak 2004/275 premiss (40), KOFA-sak 2009/4 premiss (48), KOFA-sak 2011/266 premiss (26).

¹¹³ Forskrift av 15. november 2002 nr. 1288.

plikter å ta leverandørens anførsler på alvor ved å gjennomføre en forsvarlig klagebehandling. Oppdragsgiver har rett til å omgjøre beslutningen frem til kontrakt er signert dersom det viser seg at den er i strid med regelverket, jf. § 25-1 (4). Selv om oppdragsgiver skulle velge å ikke omgjøre beslutningen, vil en klage til oppdragsgiver likevel kunne belyse saken og avklare uklarheter slik at leverandøren kan vurdere om han ønsker å ta rettslige skritt for å få saken avgjort.

En klage til oppdragsgiver utgjør ingen garanti for at oppdragsgiver ikke signerer kontrakt før klagen er ferdigbehandlet. KOFA har i sak 2005/18 uttalt at klagen skal være ferdigbehandlet før kontraktinngåelse, men dette er kun en rådgivende uttalelse, og realiteten er at det er opp til oppdragsgiver om han vil avvente kontraktsinngåelse.¹¹⁴ Dersom leverandøren ikke mottar en bekreftelse på at oppdragsgiver aksepterer å vente, vil alternativet være å ta rettslige skritt for å få en midlertidig forføyning etter LOA § 9.

3.7.3 Klage til KOFA

Et annet alternativ er å levere klage til KOFA. Leverandører har også anledning til å be oppdragsgiver om samtykke til at KOFA behandler saken som en prioritert sak, i slike tilfeller avventer oppdragsgiver med å inngå kontrakt til saken er ferdigbehandlet hos KOFA.¹¹⁵ Som også behandlet under punkt 1.2 er KOFAs avgjørelser rådgivende.

3.7.4 Hvordan bruke domstolene?

3.7.4.1 Søksmål for å omgjøre

Videre kan den nedvalgte leverandør benytte seg av søksmålsadgangen i § 8.

Kontraktsinngåelsen er skjæringspunktet for når denne muligheten kan tas i bruk.¹¹⁶

Bestemmelsen gir domstolene kompetanse til å «sette til side beslutninger som oppdragsgiveren har truffet i strid med loven eller forskrift gitt i medhold av loven», jf. § 8 annet ledd. Med «beslutninger» menes alle premisser, valg og avgjørelser som oppdragsgiver foretar fra anskaffelsesprosedyrens begynnelse til slutt - ¹¹⁷ en beslutning om nedvalg er

¹¹⁴ Ibid, pkt. 44.3.2.2.

¹¹⁵ <https://www.klagenemndssekretariatet.no/ukategorisert/prioriterte-saker>, tilgang opprettet 29.05.2019.

¹¹⁶ Følger av § 25-1 (4) om oppdragsgivers adgang til å omgjøre, samt LOA § 8 annet ledd om at domstolens kompetanse gjelder «inntil kontrakt er inngått».

¹¹⁷ NOU 1997:21, kap. 21.

dermed omfattet, og vil kunne settes til side av domstolene. Imidlertid er det de ordinære reglene om søksmål som gjelder, hvilket betyr at dette er en tidkrevende prosess. I praksis vil en derfor gjerne måtte begjære midlertidig forføyning før det anlegges sak om gyldigheten av beslutningen.

3.7.4.2 Midlertidig forføyning

Formålet med å begjære midlertidig forføyning er å avverge at det inngås kontrakt.

Utgangspunktet er at tvistelovens regler kommer til anvendelse, jf. LOA § 9 første ledd. Det følger av tvisteloven at saksøker må sannsynliggjøre at det er truffet en beslutning som er en overtredelse av anskaffelsesregelverket samt at det foreligger en sikringsgrunn, jf. tvl. § 34-1 og 34-2. Sikringsgrunn foreligger dersom gjennomføringen av tilbyders krav vil bli «vesentlig vanskeliggjort» i det tilfelle midlertidig forføyning ikke blir besluttet. Ettersom inngåtte kontrakter ikke kan settes til side, jf. LOA § 8, vil sikringsgrunn som hovedregel foreligge i de tilfeller oppdragsgiver ikke frivillig aksepterer å avvente kontraktsignering.¹¹⁸

3.7.4.3 Erstatningssøksmål

I tilfeller hvor oppdragsgiver har brutt regelverket, kan forbigåtte leverandører på visse vilkår gå til erstatningssøksmål for den positive eller ned negative kontraktsinteressen, jf. LOA § 10.

4 Sammenfattende konklusjoner og hovedsynspunkter

Oppgaven har sett nærmere på hvordan en konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring gjennomføres, og hvilke særlige regler som gjelder når oppdragsgiver forbeholder seg retten til å redusere antall tilbydere underveis i forhandlingsprosessen. Regelverket for konkurranse med forhandling fremstår som hensiktsmessig ved at det er egnet til å få bukt med misforståelser og er en fleksibel måte å få anskaffet en ytelse som best passer oppdragsgivers krav. At prosedyreformen nå er vesentlig mer tilgjengelig enn tidligere, fremstår som en endring til det bedre ved at det forhåpentligvis gir bedre tilpassede anskaffelser og vil bidra til økt verdiskaping gjennom en styrket konkurranse.

Den stramme reguleringen rundt fastholdelse av minstekrav og tildelingskriteriene gjennom hele anskaffelsesprosessen kan være noe ugunstig i en forhandling som går over flere faser.

¹¹⁸ LG-2014-156495.

Dette fordi varen eller tjenesten som skal anskaffelsen ikke nødvendigvis er fullt ut klarlagt før kunngjøring og det dermed fort kan oppstå behov for endringer. Etter dagens regulering skal hele konkurransegrunnlaget være fullført før konkurransen kunngjøres, jf. § 14-1 (2) og (3). En alternativ regulering, som kunne avhjulpet endringsproblematikk, ville være å faseinndele konkurransegrunnlaget slik at oppdragsgiver kan kunngjøre fase én, mens det arbeides med konkurransegrunnlaget for fase to.¹¹⁹ Om nye idéer skulle oppstå underveis vil det da være mulig å inkludere disse. Det er imidlertid vanskelig å tilfredsstille oppdragsgivers behov for en endringsfrihet, samtidig som leverandørenes forutberegnelighet blir tilstrekkelig ivaretatt. En tenkt «løsning» på situasjonen er å formulere mer åpne anskaffelsesdokument, med den konsekvens at oppdragsgiver dermed må innfinne seg med at det vinnende tilbud kanskje ikke oppfyller alle de minstekrav en så for seg, men som en av hensyn til fleksibiliteten ikke tok sjansen på å ta med i anskaffelsesdokumentet.¹²⁰

Hva gjelder effektivitet, er det klart at nedvalgssituasjonen kunne vært ytterligere effektivisert ved at en tillot å evaluere tilbudene på bakgrunn av for eksempel bare ett tildelingskriterium i første runde - selvsagt såfremt fremgangsmåten er tydelig angitt i kunngjøringen. Dette ville kortet ned behandlingstiden og samtidig ivaretatt forutberegneligheten til leverandørene.

Videre er det positivt at regelverkets krav til konkurranse er lempeligere når man er kommet til siste fase. Kanskje kan en si at kravet til konkurranse ikke nødvendigvis er lempeligere, men at kravet er tilstrekkelig tilfredsstilt på et tidligere tidspunkt. Å ha med x antall tilbydere til siste fase vil være unødvendig formalistisk i et tilfelle hvor det er klart at videre forhandlinger ikke vil føre til et fruktbart resultat. At det forhandles i et lite marked hvor det er få tilbydere som kan levere en tilfredsstillende ytelse, bør ikke gå utover oppdragsgiver ved at han må bruke ressurser på unødvendige forhandlinger. I slike tilfeller er det dermed gode grunner som taler for at det bør være adgang til å ha en siste forhandlingsrunde med bare én foretrukken leverandør. Det kan imidlertid oppstå en vanskelig grensedragning når det skal avgjøres om de resterende tilbyderne kan avfeies fordi de ikke har reell mulighet til å levere det beste tilbudet.

¹¹⁹ Treumer, *Udbudsloven*, s. 182 (Kapitelforfattere Peter Dann Jørgensen og Thomas Larsen).

¹²⁰ Treumer, *Udbudsloven*, s. 182 (Kapitelforfattere Peter Dann Jørgensen og Thomas Larsen).

Overordnet viser oppgaven at reglene generelt balanserer de motstridende hensynene som gjør seg gjeldende på en tilfredsstillende måte. Leverandørenes behov for forutsigbarhet og rettssikkerhet er ivaretatt gjennom henholdsvis regler om kunngjøring og regler som sikrer likebehandling og etterprøvnbarhet. Oppdragsgivers behov for fleksibilitet er sikret ved at han i alle tilfeller hvor det kan vises til et legitimt behov, står fritt til å velge prosedyreform.

Kilder:

Primærkilder – Direktiv, lover og forskrifter:

Direktiv 2014/24/EU 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesdirektivet)

Direktiv 2014/25/EU 26. februar 2014 om fremgangsmåtene ved inngåelse av kontrakter innenfor vann- og energiforsyning, transport samt posttjenester

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde m.v. (EØS-loven)

Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)

FOR-2002-11-15-1288 Klagenemndsforakriften

Forarbeider:

NOU 2014:4 Enklere regler - bedre anskaffelser, forenkling av det norske anskaffelsesregelverket

NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser

Prop. 51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

Høringsnotat 2: Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser, Nærings- og fiskeridepartementet

Høringsnotat 3: Forslag til ny forskrift om innkjøpsreglene i forsyningssektorene, Nærings- og fiskeridepartementet

Ot.prp.nr. 71 (1997-1998)

Ot.prp.nr.3 (2000-2001)

Rettspraksis

Avgjørelser fra EU-domstolen:

C-19/00 *SIAC*

C-561-12 *Nordecon*

C- 480/10 *Kommisjonen mot Sverige*

C- 7/11 *Caronna*

Avgjørelser fra norske domstoler:

LA-2011-100800

Rt. 2007 s. 1783

Rt. 2007 s. 983

Rt 2007 s. 1489

LH-2015-119650

LB-2016-35199

RG 2009 s. 1529

LB-2015-8828

LG-2014-156495

KOFA-avgjørelser:

KOFA 2018/467

KOFA 2017/122

KOFA 2017/37

KOFA 2015/125

KOFA 2013/8

KOFA 2011/266

KOFA 2011/131

KOFA 2011/371

KOFA 2010/200

KOFA 2009/106

KOFA 2009/4

KOFA 2008/170

KOFA 2008/131

KOFA 2008/123

KOFA 2005/211

KOFA 2004/275

KOFA 2004/76

KOFA 2004/2

Litteratur:

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, Sweet & Maxwell, Second Edition 2005

Dragsten, Marianne, *Offentlige anskaffelser - regelverk, praksis og løsninger*, Universitetsforlaget 2013

Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, 4.udgave, Karnov Group, København 2017

Goller, Morten, mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utgave, Gyldendal 2017

Thue, Anders og Buan, Anne, mfl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utgave, Gyldendal 2018

Treumer, Steen (red.), *Udbudsloven*, Ex Tuto Puplishing A/S, København 2016

Trygstad, Kristian Jåtog, *Tildeling av offentlige kontrakter – Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*, 2. utgave, Gyldendal 2017

Andre kilder:

Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi), *Forhandlinger i offentlige anskaffelser -praktisk veileder*, 2017

Fornyings- og administrasjonsdepartementet, Veileder til forskrift 2006-04-07-402 (FAD-

veileder)

Klagenemnda for offentlige anskaffelser sine nettsider,

<https://www.klagenemndssekretariatet.no/ukategorisert/prioriterte-saker>.

Nærings- og fiskeridepartementets, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2017

Regjeringen sine nettsider,

<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/konsesjonskontrakforskriften/id2518746/>.

Statistisk sentralbyrå, <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/artikler-og-publikasjoner/kjopevekst-i-staten>.

